

férable du Crédit foncier neuchâtelois à toucher le montant du prix d'adjudication de ce mobilier. La Banque populaire suisse était donc fondée à attaquer cette décision par la voie de la plainte.

Mais d'autre part c'est à tort qu'elle croit pouvoir invoquer la lettre du liquidateur du 21 juillet 1915 pour soutenir qu'elle a un droit acquis au produit de la réalisation du mobilier. Ce ne serait le cas que si ce droit lui avait été reconnu par une collocation régulière passée en force, c'est-à-dire si le liquidateur avait communiqué officiellement à tous les intéressés, soit en particulier au Crédit foncier neuchâtelois, que la Banque populaire était colloquée en premier rang sur le produit de la réalisation des accessoires immobiliers et que cette collocation pouvait être attaquée dans les 10 jours. En d'autres termes, il faudrait que le liquidateur eût déposé un plan de collocation conforme aux exigences légales ; or, la lettre du 21 juillet 1916 adressée à la recourante seule ne peut évidemment en tenir lieu et elle ne saurait être opposée au Crédit foncier neuchâtelois. Tant que la formalité indispensable du dépôt d'un plan de collocation n'a pas été observée, les conclusions 2, 3 et 4 prises par la recourante sont prématurées et l'autorité de surveillance ne peut pour le moment qu'ordonner au liquidateur de réparer l'omission constatée, c'est-à-dire de procéder au dépôt d'un plan de collocation, conforme à l'art. 249 LP et accompagné des comminations prévues à l'art. 250, dans lequel il indiquera de quelle façon le produit de la réalisation de l'immeuble et du mobilier doit être réparti entre les créanciers gagistes. Ceux-ci pourront dans les 10 jours attaquer ce plan de collocation ; ces procès seront instruits en la forme accélérée (art. 250 dernier al.) et ce n'est qu'une fois qu'ils auront été définitivement jugés — ou, bien entendu, s'il n'en a pas été intenté dans le délai — que le liquidateur pourra passer à la distribution des deniers, en appliquant également par analogie les dispositions y relatives édictées pour le cas de faillite,

notamment en ce qui concerne la radiation des hypothèques au Registre foncier.

Par ces motifs,

la Chambre des poursuites et des faillites

prononce :

Le recours est admis et la décision attaquée réformée en ce sens que :

a) les autorités de surveillance sont déclarées compétentes pour statuer sur les plaintes de ce genre ;

b) le liquidateur Rossiaud est invité à statuer, dans un tableau de collocation établi conformément aux art. 249 et 250 LP., sur les droits respectifs de la recourante et des autres créanciers hypothécaires sur le produit de la réalisation de l'immeuble et du mobilier ;

c) les opérations de distribution des deniers sont suspendues jusqu'à solution des contestations relatives à la collocation.

Pour le surplus, le recours est écarté.

## 82. **Entscheid vom 21. Dezember 1916** i. S. Becker.

Auslegung von Art. 62 KV.

A. — Im Kollokationsplan des Konkurses über die Bankkommandite Eduard Dukas & C<sup>te</sup> wurde eine Forderung des Rekurrenten Julius Becker in Willich im Betrage von 233,250 Fr. vom Konkursamt Basel-Stadt anerkannt. Da der Rekurrent schon vor der Konkurseröffnung verschiedene Forderungen der Gemeinschuldnerin an in Deutschland wohnende Personen im Gesamtbetrage von 68,152 Mk. 10 Pfg. dort für sich hatte arrestieren lassen, erklärte ihm das Konkursamt im April und September 1915, dass der Erlös aus diesen Arresten seinerzeit von der Konkursdividende abgezogen werden müsse, ein

Streit hierüber aber erst im Verteilungsverfahren zu erledigen sei. Als dann eine Abschlagsverteilung von 7% stattfand, teilte das Konkursamt dem Rekurrenten am 14. und 18. September 1916 mit, dass die Dividende für ihn 16,327 Fr. 50 Cts. betrage, diese aber bei der Gerichtskasse hinterlegt bleibe, bis festgestellt sei, ob er bis zur Höhe der Dividende durch die Arreste gedeckt werde.

B. — Hiegegen erhob der Rekurrent Beschwerde mit dem Begehren, das Konkursamt sei anzuweisen, « die Abschlagsdividende unbeschwert auszubezahlen ».

Er führte aus : Durch die Arrestierung ausländischer Guthaben habe er das Recht auf vollständige Teilnahme am Ergebnis der konkursrechtlichen Verwertung nicht verwirkt. Seine im Kollokationsplan bedingungslos anerkannte Forderung bestehe in vollem Umfange zu Recht, so lange er sich durch die Spezialexécution keine Zahlung habe verschaffen können. Erst wenn eine solche Zahlung stattgefunden habe, werde die Forderung im entsprechenden Betrage getilgt, so dass dann nur noch eine Konkursdividende für die Restforderung verlangt werden könne. Wenn ein Gläubiger das, was er in einem ausländischen Separatkonkurs erhalte, sich im inländischen Konkurs auf die Dividende anrechnen lassen müsste, so käme das einer Ablieferung an die inländische Masse gleich. Nun stehe aber sowohl das schweizerische als auch das deutsche Konkursrecht auf dem Standpunkt, dass inländisches Vermögen nicht an eine ausländische Masse abgeliefert werde, obwohl in beiden Rechten das Bestreben herrsche, auch das im Ausland liegende Vermögen zur Masse zu ziehen (vergl. JAEGER, Kommentar Art. 197 N° 6).

Das Konkursamt beantragte die Abweisung der Beschwerde, indem es ausführte : Auch wenn eine Forderung im Kollokationsplan unbedingt zugelassen worden sei, so könne doch auf Grund neuer Tatsachen eine solche Kollokationsverfügung abgeändert werden. Zudem liege die Sache so, dass auf Grund der Erklärungen des Konkurs-

amtes vom April und September 1915 die Forderung nur als bedingt kolloziert zu gelten habe. Das Konkursamt habe stets den Standpunkt eingenommen, ein Erlös aus den Arresten sei von der Dividende abzuziehen. Eventuell wäre die Aufsichtsbehörde zur Entscheidung unzuständig, weil es sich um eine materiellrechtliche Frage handle, die nach einer Entscheidung des Bundesgerichts vom 9. Mai 1904 i. S. Konkursamt Olten (AS Sep. Aug. 7 N° 38) nur im Kollokationsverfahren entschieden werden könne. Nach der Erledigung des Beschwerdeverfahrens werde daher das Konkursamt eine neue Kollokationsverfügung erlassen, wodurch es die Forderung des Rekurrenten nur bedingt anerkennen werde.

Die Aufsichtsbehörde des Kantons Basel-Stadt erkannte am 16. November 1916 : « Das Konkursamt wird angewiesen, zur bisherigen Kollokation eine entsprechende Nachtragskollokationsverfügung zu erlassen, wodurch die Forderung des Beschwerdeführers, entsprechend der nachträglich bereits eingetretenen oder noch in Aussicht stehenden Forderungstilgung, infolge erfolgreicher Durchführung der hängigen auswärtigen Spezialexécutionen, nachträglich unbedingt oder erst bedingt abgewiesen wird... Im übrigen wird die Beschwerde abgewiesen. »

Der Entscheid ist wie folgt begründet : Das Bundesgericht habe in zwei grundsätzlichen Entscheidungen (AS 30 I N° 75 und 31 I N° 133. Sep. Aug. 7 N° 38 und 8 N° 75) festgestellt, dass die Konkursverwaltung eine im Kollokationsplan zugelassene Forderung durch eine neue Kollokationsverfügung wegweisen könne, wenn sich ergebe, dass die Forderung nachträglich ganz oder teilweise untergegangen sei. Aber selbst wenn man diese Praxis mit JAEGER (Komm. Art. 249 N. 2) und BLUMENSTEIN (Handbuch S. 777) für unrichtig halte, so müsse man jedenfalls der Konkursverwaltung das Recht zuerkennen, im Verteilungsverfahren die Zahlung der Dividende für eine anerkannte Forderung, die nachträglich ganz oder teilweise untergegangen sei, zu verweigern oder die Divi-

dende zurückzubehalten, wenn eine Tilgung der Forderung in Aussicht stehe. Um einen solchen Fall handle es sich nun hier. Die Aufsichtsbehörden seien aber nicht zuständig zum Entscheide darüber, ob die Tilgung der Forderung des Rekurrenten eingetreten oder mit Sicherheit zu erwarten sei. Hierüber, sowie über die Frage, ob ein Erlös aus den Arresten auf die kollozierte Konkursforderung oder auf die Dividende anzurechnen sei, könne nur der Richter entscheiden. Nach dem Entscheide des Bundesgerichtes i. S. Konkursamt Olten vom 19. Mai 1904 (AS Sep.-Ausg. 7 N° 38) müsse das Konkursamt die Erklärung über die nachträgliche Tilgung der Forderung oder des Dividendenanspruches des Rekurrenten diesem durch eine neue nachträgliche Kollokationsverfügung zur Kenntnis bringen. Die Auszahlung der Dividende sei vom Ausgang dieses Kollokationsverfahrens abhängig, so dass die Dividende bis dahin hinterlegt werden müsse.

C. — Diesen ihm am 17. November zugestellten Entscheid hat der Rekurrent rechtzeitig am 27. November 1916 an das Bundesgericht weitergezogen. Er wiederholt sein Begehren und beantragt eventuell, das Konkursamt sei anzuweisen, ihm einen Teilbetrag von 12,033 Fr. 90 Cts. nebst Zins auszuzahlen und den Restbetrag von 4293 Fr. 60 Cts. zu hinterlegen, bis das Ergebnis der ausländischen Spezialexécution feststehe.

Zur Begründung führt er noch aus: Irgend ein gesetzlicher Grund für eine Hinterlegung sei nicht vorhanden. Ob der Erlös aus der ausländischen Zwangsvollstreckung von der Konkursdividende abzuziehen sei, hätten die Aufsichtsbehörden zu entscheiden. Grundsätzlich sei jeder Konkursgläubiger berechtigt, auswärtige Guthaben mit Beschlag zu belegen. Wer von dieser Möglichkeit nicht Gebrauch mache, könne sich nicht darüber beklagen, dass ein anderer, der die Beschlagnahme erwirkt habe, die Früchte seiner Tätigkeit einheimse. Eventuell, wenn man die im Ausland arrestierten Guthaben als Bestandteil der Masse betrachten wolle, könne an eine Lösung der Streit-

frage nach Art. 62 KV gedacht werden, obwohl der Arrestgläubiger eine andere Stellung als der Pfandgläubiger einnehme, da dieser von vornherein damit rechne, dass er in erster Linie aus dem Pfand Deckung erhalte und nur für den Ausfall sich im Inlandkonkurs beteilige. Wenn also die Arreste der Pfandsicherheit gleichgestellt werden, so wäre die Forderung des Rekurrenten höchstens im Betrage des Nennwertes der arrestierten Guthaben vorläufig als bedingte zu behandeln und die entsprechende Dividende zu hinterlegen. Die auf den Restbetrag der Forderung fallende Abschlagsdividende müsse dagegen jedenfalls ohne weiteres ausbezahlt werden.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer zieht  
i n E r w ä g u n g :

Die für die Entscheidung des vorliegenden Rekurses ausschlaggebende Tatsache liegt darin, dass nach deutschem Recht durch den Arrestvollzug zu Gunsten des Arrestgläubigers ein Pfändungspfandrecht geschaffen wird (§§ 930, 804 DZPO), das dem Gläubiger im Verhältnis zu andern Gläubigern dieselben Rechte gewährt, wie ein durch Vertrag erworbenes Faustpfandrecht, (§ 804 Abs. 2 DZPO, STEIN, Die Zivilprozessordnung für das deutsche Reich, 1913 Bd, II S. 575). Während nach Art. 199 SchKG Pfändungs- und Arrestgegenstände in die Masse fallen und dem Pfändungs- bzw. Arrestgläubiger nach dem SchKG im Konkurse keinerlei Vorzugsrechte zustehen, vermag sich das nach § 804 DZPO begründete Pfändungspfandrecht auch im Konkurse durchzusetzen, indem es dem Berechtigten ein Recht auf Absonderung gewährt (§ 49 Ziff. 2 DKO, STEIN, a. a. O. S. 579).

Hat demnach der Rekurrent an den Guthaben ein Pfandrecht dieser Art erworben, so ist dieses im schweizerischen Konkurse als Pfandrecht zu behandeln, d. h. es macht im vorliegenden Falle auch für das schweizerische Vollstreckungsrecht keinen Unterschied, ob das Pfand-

recht des Rekurrenten an den Forderungen durch den Richter gemäss § 804 DZPO oder durch die Gemeinschuldnerin auf Grund vertraglicher Abmachungen mit dem Gläubiger begründet worden ist. Würden daher die Pfandgegenstände im Gebiete eines Staates liegen, welcher das Prinzip der Universalität des Konkurses auch im internationalen Verkehr anerkennt, so müssten sie unter Vorbehalt der dem Pfandgläubiger gesicherten Vorzugsrechte zur Masse gezogen und im Konkurse liquidiert werden (Art. 198 SchKG). Im vorliegenden Falle befinden sich die Pfänder auf deutschem Gebiet, weil nach § 23 DZPO « bei Forderungen als der Ort, wo das Vermögen sich befindet, der Wohnsitz des Schuldners gilt » und es sich hier unbestrittenermassen um Guthaben der Kridarin gegen in Deutschland domizilierte Schuldner handelt. Da das deutsche Recht auf dem Boden des Territorialprinzipes steht und den schweizerischen Konkurs nicht anerkennt, können die Pfandobjekte nicht in die schweizerische Masse gezogen werden, vielmehr sind sie ausserhalb des Konkurses nach Massgabe der Bestimmungen der DZPO zu liquidieren. Um nun eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichberechtigung der Gläubiger infolge gleichzeitiger Durchführung einer General- und einer Spezialexécution gegen den nämlichen Schuldner zu verhindern, bestimmt Art. 62 KV, dass, wenn die Pfandobjekte zwar dem Gemeinschuldner gehören, aber im Auslande liegen und nach dem massgebenden Rechte nicht zur inländischen Konkursmasse gezogen werden können, die auf die Forderung entfallende Dividende so lange zurückbehalten wird, als das Pfand nicht im Auslande liquidiert worden ist. Diese Vorschrift ist gestützt auf die vorstehenden Ausführungen über die Natur der seitens des Rekurrenten an den Arrestgegenständen erworbenen Rechte hier anwendbar und es war danach die Konkursverwaltung — wenigstens grundsätzlich — berechtigt und verpflichtet, die Dividende zurückzubehalten.

Ginge man nun nur vom Wortlaute des genannten Artikels der KV aus, so müsste die Stellungnahme des Konkursamtes in vollem Umfange geschützt werden; legt man indessen die Ratio des Art. 62 KV der Entscheidung zu Grunde, so führt dies zu einer teilweisen Guttheissung des Rekurses. Die Zurückhaltung der Dividende im Sinne dieses Artikels ist eine blossе Sicherheitsmassregel, welche vermeiden soll, dass ein Gläubiger, dessen Forderung im inländischen Konkurse kolloziert worden ist, der aber zugleich in der schweizerischen Vollstreckungshoheit entzogenes Pfand besitzt und sich daraus ganz oder teilweise befriedigen kann, dadurch seinen Mitgläubigern gegenüber besser gestellt wird, indem er im Auslande das Pfand liquidiert und trotzdem im schweizerischen Konkurse eine seiner ganzen Forderung entsprechende Dividende bezieht, während der Gläubiger, dessen Pfand sich unter inländischem Konkursbeschlagn befindet, allerdings aus dem Pfanderlös vorweg Befriedigung erlangt, aber nur für den ungedeckten Betrag in der V. Klasse auf den Erlös der ganzen übrigen Masse angewiesen wird (Art. 219 SchKG). Diese Gefahr einer die Rechte der übrigen Gläubiger verletzenden Befriedigung kann jedoch bloss so weit bestehen, als die Forderung des Pfandgläubigers durch die ausländischen Pfänder gedeckt ist, da der Pfandausfall unter allen Umständen in der V. Klasse des inländischen Konkurses zugelassen werden muss. Im vorliegenden Falle ist eine Kumulation von Pfanderlös und Dividende nur für den Betrag von 68,152 Mk. 10 Pfg. = der Summe der arrestierten Guthaben möglich; denn mehr als diese Summe kann aus den Pfändern nicht gelöst werden. Es steht somit fest, dass die Differenz zwischen dem Betrage der im Kollokationsplan anerkannten Forderung und dem höchsten Wert der Pfänder auf alle Fälle ungedeckt bleibt, und es läuft die Konkursverwaltung daher auch kein Risiko, wenn sie dem Rekurrenten die Dividende für diesen Betrag ausrichtet und nur die Abschlagszahlung, welche auf den Teil der

Forderung fällt, für den er im günstigsten Falle aus den Pfändern Deckung erhalten kann, bei der Gerichtskasse hinterlegt. Das Bundesgericht ist allerdings nicht in der Lage, den genauen Betrag anzugeben, der nunmehr dem Rekurrenten ausgehändigt werden muss, da die Forderungssumme in Franken-, die Summe der Guthaben in Markwährung ausgedrückt ist. Es muss daher dem Konkursamte obliegen, die Umrechnung vorzunehmen.

Kann der Rekurrent die arrestierten Forderungen in vollem Umfange eintreiben, so hat er keinen Anspruch mehr, aus dem inländischen Konkurs eine Dividende zu beziehen; erleidet er jedoch einen Pfandausfall, so kann er dafür in der V. Klasse verhältnismässige Befriedigung erlangen.

Ob das Pfand im In- oder Auslande liegt, ist demnach für die Höhe der Gesamtdividende ohne Belang; denn, wenn auch das Pfand im inländischen Konkurs nicht liquidiert werden kann, weil es vom schweizerischen Konkursbeschluss nicht erfasst wird, so ist es nichtsdestoweniger grundsätzlich Bestandteil der inländischen Masse (Art. 27 KV) und das Ergebnis ist das nämliche, wie wenn der Gläubiger mit seiner ganzen Forderung als pfandversichert kollektiert worden wäre; denn auch dann hätte er aus dem Pfanderlös vorweg Befriedigung erhalten und wäre für den Ausfall in die V. Klasse verwiesen worden. Der einzige Unterschied besteht darin, dass, so lange als nur der Höchstbetrag des Pfanderlöses und damit der Mindestbetrag des Pfandausfalls feststeht, nur die diesem entsprechende Dividende ausgerichtet werden darf und der Rest der Dividende zurückbehalten werden muss, bis die Pfänder liquidiert sind, weil erst dann ersichtlich ist, ob sich noch ein weiterer Ausfall ergibt.

Gestützt auf diese Erwägungen bedarf es daher, um zu entscheiden, ob die Dividende zu Recht hinterlegt worden ist — entgegen der Ansicht der kantonalen Aufsichtsbehörde — keiner Nachtragskollokation; denn es handelt sich dabei um eine blosse Verteilungsfrage.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- u. Konkurskammer  
erkannt:

Der Rekurs wird im Sinne der Erwägungen teilweise  
gutgeheissen.

83. Sentenza 21 dicembre 1916 nella causa  
massa Credito Ticinese.

Nel fallimento del fideiussore semplice il credito derivante dalla fideiussione deve essere iscritto in graduatoria e menzionato anche nello stato di riparto, ma il creditore non potrà esigere il versamento della percentuale se non dopo aver escusso infruttuosamente il debitore principale (o realizzati i pegni) a sensi dell'art. 495 CO.

A. — Con istromento 25 febbraio 1909, i sigg. Angelo Mauri, Giovanni Paleari ed Emilio Conti, avvocati in Milano, si professavano debitori solidali verso la signorina Agnese Pasta, in Mendrisio, di 225,000 fr. A garanzia di questo loro debito, i debitori costituivano in pegno N° 2250 azioni della Società del Monte Generoso in Capolago; inoltre la Banca Credito Ticinese in Locarno assumeva la fideiussione semplice dei debitori, ma limitatamente alla somma di 100,000 fr.

B. — In dipendenza di questa fideiussione, la signorina Pasta notificava nel fallimento del Credito Ticinese il credito di 100,000 fr., che dall'amministrazione non fu ammesso in graduatoria « perchè non sufficientemente provato »: onde la creditrice, con petizione 20 aprile 1915, promuoveva azione di contestazione della graduatoria domandando che detto credito fosse iscritto in V<sup>a</sup> classe. In questa causa la convenuta amministrazione aveva, tra altro, opposto alla domanda d'iscrizione che l'attrice non aveva fornito la prova che i debitori principali non avessero soddisfatto ai loro obblighi o non fossero in grado di farlo. Ma quest'eccezione venne respinta, in sede